

Diez claves del nuevo régimen legal de las modificaciones estructurales

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio de 2023, aprueba un nuevo régimen jurídico de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, tanto internas como transfronterizas, y deroga la Ley 3/2009.

Legal flash

29 de junio de 2023



Diez Claves

Aspectos generales

1. Nueva LME
2. Entrada en vigor y régimen transitorio
3. Ámbito de aplicación
4. Estructura

Operaciones internas

5. Principales novedades en el procedimiento
6. Principales novedades en la protección de los socios
7. Principales novedades en la protección de acreedores

Operaciones transfronterizas

8. Principales novedades en el procedimiento
9. Principales novedades en la protección de los socios
10. Principales novedades en la protección de acreedores



Aspectos generales

1. Nueva LME

La llamada “Directiva de Movilidad” ([Directiva 2019/2121/UE](#)) regula por primera vez dentro de la Unión Europea (“UE”) las transformaciones y escisiones transfronterizas (con formación de nuevas sociedades), y modifica las normas de las fusiones transfronterizas.

La Directiva de Movilidad, cuyo plazo de transposición finalizó el 31 de enero de 2023, estaba pendiente de incorporación al ordenamiento jurídico español. Hace unos meses se había publicado un anteproyecto de ley, pero su texto no había llegado a presentarse como proyecto de ley en las Cortes Generales antes de su disolución, hace unas semanas, con ocasión de la convocatoria de elecciones generales.

El [Real Decreto-ley 5/2023](#) (publicado en el BOE de 29 de junio de 2023) dedica su libro primero a aprobar un **nuevo régimen completo de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, tanto las internas como las transfronterizas**. Con ello, no solo se cumple con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de Movilidad sino que se opta por derogar la Ley 3/2009, de 3 de abril (“[Ley 3/2009](#)”) e integrar todo el régimen jurídico de las modificaciones estructurales, internas y transfronterizas, en una nueva norma (la “**Nueva LME**”).

2. Entrada en vigor y régimen transitorio

La Nueva LME entrará en vigor al mes de su publicación en el BOE (esto es, el 29 de julio de 2023).

Se establece un régimen transitorio para las operaciones en curso antes de la entrada en vigor de la Nueva LME, de forma que la Ley 3/2009 se aplicará a las modificaciones estructurales **cuyos proyectos hubieran sido aprobados por** las sociedades implicadas antes del 29 de julio de 2023. El requisito de la aprobación del proyecto de fusión por las sociedades parece referirse a que ha de ser aprobado por las juntas, aunque algún Registro Mercantil está adoptando el criterio de admitir la aplicación de la Ley 3/2009 si los proyectos se aprueban por el órgano de administración o están depositados (si ello es preceptivo) antes del 29 de julio de 2023.

3. Ámbito de aplicación

La Nueva LME se aplica a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos), tanto internas como transfronterizas intra- y extraeuropeas (o sea, dentro y fuera del Espacio Económico Europeo o “EEE”).



La Nueva LME regula por primera vez las fusiones extraeuropeas y las escisiones transfronterizas. Antes no existía un régimen jurídico expreso para estas operaciones, por lo que era necesario aplicar y coordinar los ordenamientos jurídicos de las sociedades implicadas para determinar su viabilidad y régimen jurídico. Su regulación expresa facilitará la ejecución de estas operaciones a partir de ahora.

Siguiendo la terminología de la Directiva de Movilidad, el “traslado internacional del domicilio social” pasa a denominarse “transformación transfronteriza”. Por su parte, la “transformación del tipo social” o “transformación interna” es aquella en la que una sociedad española adopta un tipo social distinto (p.ej., de sociedad anónima a sociedad limitada o viceversa) conservando su nacionalidad.

4. Estructura

La Nueva LME tiene una estructura que difiere mucho de la norma anterior. Así, por ejemplo, contiene:

- Disposiciones comunes aplicables a todas las modificaciones estructurales (sean internas o transfronterizas), p.ej., sobre elaboración del proyecto de modificación estructural, informes del órgano de administración y de expertos independientes, aprobación de la operación y protección de socios y acreedores.
- Normas específicas para cada tipo de modificación interna.
- Reglas generales para las modificaciones estructurales transfronterizas tanto para las intraeuropeas como para las extraeuropeas y reglas específicas para cada tipo.

Por ello, para conocer el régimen de una modificación estructural habrá que analizar en cada caso cómo y cuándo combinar las **disposiciones comunes y específicas relevantes**.

Operaciones internas

Las operaciones internas son las **transformaciones por cambio de tipo social** de una sociedad española, **las fusiones y escisiones (incluyendo la segregación)** entre sociedades españolas y **las cesiones globales de activos y pasivos** de sociedades españolas. Además de que la estructura de la Nueva LME exigirá —como hemos señalado— conocer e interpretar las disposiciones comunes y específicas aplicables en cada caso, la Nueva LME introduce importantes novedades en el procedimiento necesario para implementar las operaciones y en las normas de protección de socios y de acreedores. Señalamos a continuación las más relevantes.



5. Principales novedades en el procedimiento

El procedimiento de las modificaciones estructurales mantiene su estructura general de fase preparatoria, decisoria y de ejecución; es decir, en grandes líneas, el órgano de administración prepara un proyecto, que es aprobado por la junta, y los acuerdos se inscriben en el correspondiente registro mercantil.

Sin embargo, con la Nueva LME, en general, se amplían los documentos necesarios para la operación, o su contenido y destinatarios, con repercusiones en el calendario de las operaciones, que probablemente se alargarán en el tiempo. Señalamos a continuación los aspectos que, a nuestro juicio, son de mayor interés.

- **Proyecto (art. 4 Nueva LME).** Se mantiene a grandes rasgos el contenido que se exigía para el proyecto de fusión y escisión y se introducen como novedades que:
 - será necesario elaborar un proyecto de transformación (art. 20 Nueva LME);
 - el proyecto (de transformación, fusión o escisión) deberá acompañar o incluir certificados que acrediten que las sociedades participantes se encuentran **al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social** (arts. 20.3.3º, 40.9º, 64.3º y 74.1.5º Nueva LME); y
 - deberá mencionarse la compensación en efectivo a los socios que dispongan del derecho a enajenar sus acciones o participaciones (art. 4.1.6º Nueva LME —véase apartado 6 de esta nota—), así como las implicaciones de la operación para los acreedores y las garantías que, en su caso, se les ofrezcan (art. 4.1.4º Nueva LME) —véase apartado 7 de esta nota—.
- **Publicidad preparatoria.** Salvo en caso de modificaciones estructurales adoptadas por junta universal unánime (art. 9.1 Nueva LME), además del proyecto de la operación deberá insertarse en la página web o depositarse en el Registro Mercantil un anuncio que informe a socios, acreedores y representantes de los trabajadores (o, de no haberlos, a los propios trabajadores) de la posibilidad de **formular a la sociedad observaciones** sobre la operación propuesta hasta cinco días laborales antes de la junta general (art. 7.1.2º LME).
- **Informe de administradores para socios y trabajadores.** El informe de administradores explicando la operación deberá tener ahora dos secciones, o bien habrá un informe para socios y otro para trabajadores (arts. 5. 1 y 2 Nueva LME), aunque si lo acuerdan todos los socios su parte del informe no será exigible (art. 5.4 Nueva LME).

La sección de los **trabajadores** explicará las consecuencias para las relaciones laborales, los cambios sustanciales en las condiciones de empleo o en la ubicación de los centros de actividad y cómo afecta ello a las filiales de la sociedad (art. 5.5 Nueva LME).



Al menos un mes antes de la junta que apruebe la operación, los administradores pondrán el proyecto y el informe o informes a disposición de los socios y los representantes de los trabajadores o, en su caso, de los propios trabajadores (art. 5.6 Nueva LME).

➤ **Informe de experto.** Como novedades destacamos que el informe:

- incluirá la opinión del experto sobre si es adecuada la compensación en efectivo ofrecida a los socios con derecho a enajenar sus acciones o participaciones (art. 6.1.1º Nueva LME —véase apartado 6 de esta nota—); y
- podrá contener, a solicitud de los administradores, una valoración sobre la adecuación de las garantías ofrecidas, en su caso, a los acreedores (art. 6.3 Nueva LME).

Además, la Nueva LME introduce algunos cambios que suponen **una mejora del régimen legal** en relación con el informe de expertos. Así:

- Se aclara (arts. 6.2 y 41.3 Nueva LME) que solo cuando la resultante o beneficiaria sea una sociedad anónima se precisará que el experto opine sobre si el patrimonio de las absorbidas o escindidas cubre el capital de la sociedad resultante (si es de nueva creación) o su aumento de capital (si ya existía antes de la fusión o escisión). Esta era ya la interpretación de la doctrina científica y registral, pero el texto de la Ley 3/2009 podía inducir a confusión en algunos casos (por ejemplo, cuando una sociedad anónima era absorbida por una sociedad limitada).
- Por otro lado, en las **fusiones apalancadas** (simplificando, aquellas en las que una de las sociedades que se fusionan se hubiera endeudado para adquirir el control de otra de las sociedades que participa en la fusión) se suprime que el experto independiente deba pronunciarse sobre si existe “asistencia financiera” (art. 42.1.3º Nueva LME comparado con art. 35 3ª Ley 3/2009). Este inciso, introducido en su día en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2009, exigía a un experto económico pronunciarse sobre una cuestión esencialmente jurídica, lo que provocaba disfunciones en la práctica.

6. Principales novedades en la protección de los socios

Recordemos que, en el régimen vigente, los socios tienen un derecho de separación o enajenación en las transformaciones por cambio de tipo social y en un caso específico de fusión, esto es, en las fusiones por absorción de sociedad participada de forma directa al 90% o más —pero no en la totalidad— si no se elaboran informes de administradores y expertos (art. 50 Ley 3/2009). La Nueva LME regula, en los mismos casos, un derecho de los socios de enajenación de las acciones o participaciones, de forma que podrán obtener una compensación en efectivo (art. 12.1 Nueva LME). Como en el régimen vigente, en el resto de



las operaciones de modificación estructural (fusiones, escisiones y cesiones de activos y pasivos) los socios no gozan de este derecho de enajenación.

Las novedades son a veces más procedimentales que de fondo. Entre ellas, destacamos las siguientes:

- Podrán ejercitar el derecho los socios que voten en contra (art. 12.1 Nueva LME). Nótese que, hasta ahora, en la transformación era necesario simplemente no votar a favor (art. 15 Ley 3/2009) y en el citado art. 50 Ley 3/2009 no se exigía ningún comportamiento específico por parte de los socios.
- Se aclara que los titulares de acciones y participaciones sin voto también gozan de este derecho (art. 12.1 Nueva LME).
- Los disconformes con la compensación en efectivo disponen de dos meses desde que hubieran recibido o hubieran debido recibir la compensación para reclamar ante el juzgado mercantil, o el tribunal arbitral estatutariamente previsto, una compensación complementaria en efectivo (art. 12.4 Nueva LME).
- Los socios podrán, en dos meses desde la fecha de publicación del acuerdo de la junta general, impugnar la relación de canje, si la consideran inadecuada, en casos de fusión y escisión y reclamar un pago en efectivo, pero la sociedad resultante podrá compensarles con acciones o participaciones propias en vez de con efectivo (arts. 49.1 y 2 y 63 Nueva LME).

7. Principales novedades en la protección de acreedores

La protección de acreedores en las fusiones y escisiones en nuestro Derecho tradicionalmente se ha basado en el reconocimiento de un derecho de oposición con la posibilidad de enervarlo otorgando en favor del acreedor de créditos no vencidos una fianza solidaria por una entidad de crédito. Con la Nueva LME, este derecho de oposición desaparece y se protege a los mismos acreedores en las fusiones y escisiones con medidas distintas:

- Los administradores deberán hacer constar en el proyecto las implicaciones de la operación para los acreedores y las **garantías que, en su caso, se les ofrezcan** (art. 4.1.4º Nueva LME).
- Se reconoce a los acreedores el derecho a **presentar “observaciones”** con antelación a la junta general (art. 7.1.2º Nueva LME), exponiendo, en su caso, su disconformidad con las garantías ofrecidas.
- Sujeto a que el acreedor **demuestre que la satisfacción de sus derechos está en riesgo** debido a la modificación estructural (art. 14.1 Nueva LME), se le reconoce el derecho a obtener garantías “adecuadas” de la sociedad. Tanto si se ha emitido el informe del



experto independiente sobre las garantías considerándolas inadecuadas (art. 13.1.1º Nueva LME), como si no (art. 13.1.3º Nueva LME), deberá acudir al Registrador Mercantil antes de recurrir al amparo judicial.

- En el caso concreto de la escisión (art. 70 Nueva LME) y en relación con la **responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión** (hoy regulada en el art. 80 Ley 3/2009) destacamos que:
 - se limita la responsabilidad solidaria de la sociedad escindida o segregada por las deudas asumidas e incumplidas por las beneficiarias al activo neto que permanezca en ella;
 - se establece la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión frente a las deudas que hubieran quedado a cargo de la sociedad escindida o segregada;
 - en ambos casos las deudas relevantes son las deudas nacidas y no vencidas antes de la publicación del proyecto de escisión; y
 - se prevé que dichas responsabilidades solidarias prescribirán a los cinco años.

Operaciones transfronterizas

La Nueva LME regula las modificaciones estructurales transfronterizas tanto **intraeuropeas como extraeuropeas**, incorporando expresamente por primera vez las fusiones extraeuropeas y las escisiones transfronterizas.

Entre las modificaciones estructurales transfronterizas se incluyen:

- Las **transformaciones** de sociedades de capital, constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado miembro del EEE (en el caso de las intraeuropeas), o de conformidad con el Derecho de un Estado que no forme parte del EEE (en el caso de las extraeuropeas), en sociedades de capital sujetas a Derecho español o, en sentido inverso, las transformaciones de estas en aquellas —los llamados traslados de domicilio internacional en la actual LME— (arts. 80.1.1º y 121.1º Nueva LME).
- Las **fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo** de sociedades de capital constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado miembro del EEE cuando interviniendo al menos dos de ellas sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de ellas esté sujeta a la legislación española (art. 80.1.2º Nueva LME).
- Las **fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo** en que intervengan sociedades de capital constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado que **no**



forme parte del EEE y una o varias sociedades sujetas a la legislación española (art. 121.2º Nueva LME).

A las modificaciones estructurales transfronterizas les serán de aplicación las disposiciones comunes, así como las específicas aplicables en cada caso. Señalamos a continuación las novedades más relevantes de este tipo de modificaciones estructurales en el procedimiento y en la protección de socios y acreedores.

8. Principales novedades en el procedimiento

Nos parece especialmente destacable que, para dar seguridad jurídica a las modificaciones estructurales transfronterizas, una autoridad de cada Estado debe expedir un “**certificado previo a la operación**”. Este certificado constituye un control armonizado que acredita la legalidad de cada operación conforme al Derecho del Estado donde opera la sociedad en proceso de modificación estructural.

España ha optado por designar al **Registrador Mercantil como la autoridad competente** para expedir este certificado previo (arts. 90.1 y 123 Nueva LME).

Si el Registrador Mercantil durante el control de legalidad tuviera sospechas fundadas de que la operación se realiza con **finés abusivos o fraudulentos**, teniendo por objeto o efecto eludir el Derecho de la Unión o el Derecho español, o servir a fines delictivos (arts. 91.1 y 123 Nueva LME), podrá recabar la información adicional que considere necesaria del organismo o entidad pública que corresponda por razón de la materia (incluso de las autoridades competentes del Estado de destino) (arts. 91.2 y 123 Nueva LME).

El Registrador Mercantil llevará a cabo una valoración global de la información y documentación que haya recibido, pudiendo a tal efecto acudir a un experto independiente (arts. 91.3 y 123 Nueva LME).

Si de esa valoración global resultara de manera clara que la operación se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos o con intención delictiva, denegará el certificado informando a la sociedad de los motivos de su decisión (pudiendo la sociedad recurrir esta denegación ante el Juzgado de lo Mercantil en dos meses desde su notificación). En otro caso, el Registrador Mercantil expedirá el certificado y lo notificará a la sociedad (arts. 91.5 y 92.1 y 123 Nueva LME).

9. Principales novedades en la protección de los socios

Los socios de las sociedades españolas participantes en una modificación estructural que, como consecuencia de esa modificación, vayan a quedar sometidos a una ley extranjera (art. 12.1 II Nueva LME), tendrán **derecho a enajenar** sus acciones o participaciones a cambio de



una compensación en efectivo adecuada. Tendrán este derecho los socios que voten en contra de los respectivos acuerdos y los titulares de acciones y participaciones sin voto (arts. 86 y 122 Nueva LME).

En las fusiones y escisiones transfronterizas, los socios de las sociedades españolas que se fusionen, o de la sociedad española escindida, que no tengan o no hayan ejercitado el derecho a enajenar sus acciones o participaciones, pero consideren que la relación de canje establecida en el proyecto no es adecuada, pueden **impugnarla** y reclamar un pago en efectivo (arts. 104.1 y 109.1 y 122 Nueva LME).

10. Principales novedades en la protección de acreedores

En los casos de transformación transfronteriza, se mantiene en el Estado de origen un foro de competencia judicial en favor de los acreedores durante los dos años posteriores a que la operación haya surtido efecto, si bien los acuerdos de elección de foro y los convenios arbitrales prevalecerán sobre esta regla según se prevea en sus respectivas regulaciones (arts. 99 y 122 Nueva LME).

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.

©2023 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.

